

NOTA: este artículo se encuentra en el Volumen 26, Tomo I, de la publicación anual (2021) de la Asociación Interamericana de la Propiedad Intelectual (ASIFI), a quien se le han cedido todos los derechos patrimoniales inherentes al mismo. Se prohíbe su reproducción.

APLICACIÓN DEL ACUERDO SOBRE LOS ASPECTOS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL RELACIONADOS CON EL COMERCIO (ADPIC) EN VENEZUELA

Francisco Astudillo Gómez

Doctor en Derecho Universidad Central de Venezuela, Profesor del Curso de Doctorado de la Universidad Central de Venezuela, Profesor fundador del Postgrado de Propiedad Intelectual de la Universidad de Los Andes (Mérida, Venezuela), Profesor de la Especialización en Propiedad Intelectual de la Universidad Monteavila (Caracas, Venezuela), Director de Patentes del Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual (SAPI) de Venezuela, Vicepresidente del Comité Permanente sobre Derecho de Patentes de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) (Ginebra, Suiza), Consultor de la Organización Mundial del Comercio (OMC) (Ginebra, Suiza).

RESUMEN

Las autoridades del Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual (SAPI) de Venezuela han tomado la decisión el 1° de octubre de 2020 (Aviso Oficial NRO. DG-09-2020) de aplicar en forma directa el Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) y reconocer la vigencia del mismo desde enero de 1995, sobreponiéndose a interpretaciones legales que aislaron a nuestro país del sistema internacional en la materia. Como sabemos, el mencionado acuerdo constituye el Anexo 1C del Convenio de Marrakech que creó a la

Organización Mundial del Comercio (OMC), suscrito en abril de 1994 e incorporado a nuestro ordenamiento jurídico interno mediante Ley Aprobatoria en diciembre de 1994 y ratificado por nuestro país el 30 de diciembre de 1994, con entrada en vigor el 1 de enero de 1995. Prevé el Acuerdo sobre los ADPIC el cumplimiento por parte de los países miembros de la OMC de estándares mínimos de protección y observancia de estos derechos. Venezuela cumplió mientras fue parte de la Comunidad Andina, por cuanto sus normas sobre la materia se ajustan al Acuerdo y se aplican directa y preferentemente a las leyes locales, pero al dejarla en el 2006, estas se restablecieron previendo algunas disposiciones contrarias al mismo. La aplicación directa de las normas del Acuerdo sobre los ADPIC que sean suficientes por sí mismas, ha sido una solución para el cumplimiento del mismo por parte del país, analizándose en este artículo su pertinencia constitucional y legal.

Palabras clave: Propiedad Intelectual, Monismo, Dualismo, Derechos Humanos, Acuerdo sobre los ADPIC, SAPI.

SUMMARY

The authorities of the Autonomous Service of Intellectual Property (SAPI) of Venezuela have decided on 1 October 2020 (Official Notice NRO. DG- 09-2020) to directly apply the Agreement on Trade-related Intellectual Property Rights (TRIPS) and recognize its validity since January 1995, overcoming legal interpretations that isolated our country from the international system on the matter. As we know, the aforementioned international agreement constitutes Annex 1C of the Marrakesh Convention that created the World Trade Organization (WTO), signed in 1994 and incorporated into the Venezuelan domestic legal system through an Approving Law. TRIPS provides for compliance by WTO member countries with minimum standards for the protection and enforcement of these rights. Venezuela complied with them while it was part of the

Andean Community because its IPRs laws are in accordance with TRIPS and are applied directly and preferably to local laws but upon leaving it in 2006, these were reestablished providing many provisions contrary to TRIPS. Therefore, the direct application of the TRIPS rules that are sufficient in themselves has been a solution for Venezuela to comply with this Agreement. This article analyzes whether this measure of the SAPI is suitable from a constitutional and legal point of view.

Keywords: Intellectual Property, Monism, Dualism, Human Rights, TRIPS, SAPI.

INDICE

- Introducción

¿Puede Venezuela aplicar el Acuerdo sobre los ADPIC en forma directa?

1. Relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno
2. Relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en Venezuela
3. La incorporación y aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC en el ordenamiento jurídico interno venezolano
4. Suficiencia de las normas internacionales como condición para su aplicación directa
5. Normas autosuficientes del Acuerdo sobre los ADPIC
 - 5.1 Suficiencia en materia de patentes
 - 5.2 Suficiencia en materia de indicaciones geográficas
 - 5.3 Suficiencia en cuanto a procedimientos civiles y administrativos
6. La aplicación directa del Acuerdo sobre los ADPIC en otros países
7. Los Derechos de Propiedad Intelectual como Derechos Humanos: un tema de jerarquía
8. Aplicación del Acuerdo sobre los DAPIC y la Ley de Propiedad Industrial de 1955

- Conclusiones
- Referencias

INTRODUCCIÓN

El propósito del artículo es analizar la manera en que los tratados internacionales en general y particularmente los referidos a los derechos de propiedad intelectual, han ayudado a fortalecer la legislación nacional y las acciones para abordar cuestiones específicas supliendo las carencias de las leyes sobre la materia.

En dicho sentido, su texto se concentrará en la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC, prestando especial atención a Venezuela y así poder extraer algunas lecciones de ello. Se revisará la relación entre el derecho internacional y el derecho interno para su aplicación local, tanto en los aspectos teóricos como prácticos, para contextualizar la situación de Venezuela. Ello proporcionará pautas que ayuden a cumplir con el proceso requerido para implementar los acuerdos internacionales sobre derechos de propiedad intelectual; y así poder sugerir alternativas en caso de que el proceso legislativo específico sobre una materia no se lleve a cabo o se demore indefinidamente. Se intentará examinar disposiciones establecidas por constituciones y leyes dirigidas al cumplimiento de las obligaciones internacionales por parte de países.

¿PUEDE VENEZUELA APLICAR EL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC EN FORMA DIRECTA?

1. RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO

La relación entre el derecho internacional y el derecho interno ha sido enmarcada tradicionalmente bajo dos enfoques, con partidarios de uno y otro. Una primera posición “monista” sostiene que los diversos sistemas nacionales se derivan del sistema legal internacional y encuentra su más ilustre defensor en el célebre jurista y filósofo austríaco Hans Kelsen, quien precisó que *cabe concebir al derecho internacional, junto con los órdenes jurídicos particulares de cada Estado, como un sistema unitario de normas, de igual modo que se acostumbra ver en los órdenes jurídicos estatales particulares una unidad* (Kelsen 1982, p. 380).

Por lo tanto, dado que el derecho internacional puede considerarse parte esencial del mismo orden jurídico que el derecho interno y hasta superior al mismo, puede considerarse incorporado al derecho interno sin trámite previo. Su aplicación interna para fundamentar casos particulares es considerada natural. Al un estado suscribir un acuerdo internacional y obligarse a cumplir con las disposiciones previstas en el mismo, ya es considerado parte del derecho interno y posible su aplicación para casos particulares, aunque por lo general alguna formalidad legislativa o administrativa es requerida como en España, donde se exige la publicación oficial del acuerdo. La otra posición, conocida como “dualista”, fue propugnada por el jurista alemán Heinrich Triepel, quien señala que las reglas de los sistemas del derecho internacional y el derecho interno existen por separado y no pueden pretender tener un efecto sobre el otro o invalidarlo. Es famosa su declaración para ilustrar su posición: *Los ordenamientos jurídicos internacionales y nacionales son dos círculos, que posiblemente se tocan, pero nunca se cruzan* (Kirchmair, 2018, p. 52). Bajo esta óptica dualista y en los casos particulares, las reglas del derecho internacional suelen aplicarse dentro de un estado solo en virtud de su incorporación mediante ley, entendiéndose que su aplicación por esta vía lo transforma en derecho interno y no

será en lo adelante derecho internacional, como sucede en Australia, Italia y La India. En otras palabras, bajo esta óptica el derecho internacional no crea obligaciones para el individuo, a menos que se incorpore al derecho interno mediante ley, partiendo para ello de las disposiciones que al respecto se establezcan en las constituciones de los diferentes Estados.

Para la teoría dualista, la base de la fuerza obligatoria de las disposiciones del derecho nacional está representada por la Constitución con apego a una noción restringida de soberanía del estado, mientras que en el derecho internacional esa fuerza está representada por el principio incondicional *pacta sunt servanda*, contemplado en el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 sobre derecho de los tratados que dice: *todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellos de buena fe*.

Las disposiciones incluidas en los dos sistemas (derecho internacional y derecho interno) no deben ser concurrentes o incompatibles. Como consecuencia de la visión dualista, en países como México, el derecho internacional no crea obligaciones para el individuo común a menos que sus reglas se incorporen al derecho interno. Ha sido visto el dualismo por algunos autores, como una forma de evadir la penetración del derecho internacional y sus concepciones al derecho interno, siendo un ejemplo de ello la desaparecida Unión Soviética, la que, basándose en la Constitución de 1977, *nunca consideró la aplicación directa del derecho internacional, y especialmente el derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito local* (Danilenko 1998, p. 2).

Volviendo a la posición monista, los que la siguen, aceptan una visión unitaria del derecho en su conjunto basada en fundamentos lógicos formalistas como propugna Kelsen. Por lo tanto, los monistas sostienen que los diversos sistemas nacionales se derivan del sistema legal internacional. Por ello, dado que el derecho internacional puede considerarse parte esencial del mismo orden jurídico que el derecho interno e incluso superior, puede estimarse incorporado al derecho interno una vez suscrito un acuerdo internacional, con o sin formalidades subsiguientes. Como consecuencia de ello y en principio, no habría dificultad en la aplicación de sus normas dentro de los Estados parte de un tratado que siguen esta posición, como en los casos de Francia, Costa Rica y Chile. No obstante, los países de tradición monista contemplan variantes para su implementación. Algunos no exigen acto posterior para la aplicación interna como los casos de Grecia y Bulgaria (monista pura). Otros, además del caso mencionado de España, *exigen una publicación oficial del tratado como en Chile, Francia y Japón e incluso, algunos prevén un acto legislativo para la aplicación de los tratados por los tribunales, como en los Países Bajos* (Cabrera Medaglia, 2018, p.10-11).

No es sencillo para los países en general desprenderse de la noción cerrada de soberanía para seguir una posición monista, lo que ha conducido a una mayor aceptación de la corriente dualista. Se pudiera pensar que es más cómoda y que siempre habrá una posibilidad de evitar la aplicación de una obligación internacional aceptada y refrendada previamente, pero no vigente, mientras no esté incorporada al derecho interno. Se estima igualmente que es una salvaguarda o protección ante normas aprobadas más allá de las fronteras, pero que asimismo servirá de excusa en algún momento para evadir el cumplimiento de obligaciones internacionales asumidas formalmente, aunque esto último no sea en teoría posible de conformidad con los

principios del derecho internacional. Por ello algunos autores han sostenido que: *La doctrina dualista, en contraste con el enfoque monista, puede resultar un obstáculo para permitir que el derecho internacional ocupe el lugar que le corresponde en el derecho de la Unión Africana y el derecho interno de sus Estados miembros* (Ferreira–Ferreira-Snyman, 2014, p. 1.490).

Ahora bien, los países son libres de escoger la vía para dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales y reflejarla en sus constituciones y leyes, pero en todo caso deben cumplirlas (*pacta sunt servanda*). Es por ello que la clave de entrada del derecho internacional al derecho interno en los diferentes países, estará contemplada por lo general en las constituciones de los mismos. Estos, al acoger cualquiera de los dos sistemas (monista o dualista), con o sin variantes, en los textos de sus cartas fundamentales, dejarán la puerta total o medianamente abierta para ello.

2. RELACION ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO EN VENEZUELA

Venezuela asume actualmente en su Constitución de 1999 una posición dualista de cara a sus obligaciones internacionales, al prever en su artículo 154:

Artículo 154. *Los tratados celebrados por la República deben ser aprobados por la Asamblea Nacional antes de su ratificación por el Presidente o Presidenta de la República, a excepción de aquellos mediante los cuales se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, aplicar principios expresamente reconocidos por ella, ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales o ejercer facultades que la ley atribuya expresamente al Ejecutivo Nacional.*

Siguiendo las disposiciones del precitado artículo 154 constitucional, la aprobación de la Asamblea Nacional debe ser anterior al depósito del instrumento de ratificación por parte del funcionario o funcionaria designado por la República para tal fin. La Asamblea Nacional aprobará el texto suscrito del tratado mediante una ley aprobatoria y posteriormente el Ejecutivo promulgará dicha ley, de acuerdo al artículo 217 constitucional, y será publicado en Gaceta Oficial. De esta forma, las disposiciones del derecho internacional pasan al fuero interno, generando deberes y derechos.

3. LA INCORPORACION Y APLICACIÓN DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO INTERNO VENEZOLANO

El tema de los DPI como tema del comercio internacional, con un alcance más allá de la falsificación de marcas y la piratería en derecho de autor, fue incluido en la Conferencia Ministerial del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), celebrada del 15 al 20 de septiembre de 1986 en Punta del Este, Uruguay, producto de la campaña que en dicho sentido realizaron los Estados Unidos de América, país que en ese entonces presionaba mucho igualmente en el escenario bilateral a través de la Omnibus Intellectual Property Rights Improvement Act of 1987 (título III de la Ley de Comercio Empleo y Productividad), la cual prevé sanciones para los países que a su juicio no protejan suficientemente los derechos intelectuales de interés para este país.

La señalada Conferencia Ministerial dio inicio a la denominada Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales, que involucró a 123 países y culminó con la firma del Acuerdo de Marrakech (Marruecos) el 15 de abril de 1994, cuyo Anexo 1-C es el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). Con la firma de este acuerdo internacional,

los países aceptaron la necesidad de brindar garantías suficientes para el otorgamiento y defensa de los derechos de propiedad intelectual mediante sus derechos internos.

En el caso de Venezuela, este país es miembro inicial y suscribió el Acuerdo de Marrakech el 15 de abril de 1994 junto a otros 122 países y las Comunidades Europeas (hoy Unión Europea). El parlamento venezolano de ese entonces sancionó la ley aprobatoria del mismo, la cual fue publicada en la Gaceta Oficial N° 4.829 Extraordinaria del 29 de diciembre de 1994. El depósito del instrumento de ratificación del Acuerdo fue depositado el 30 de diciembre de 1994 en la sede de la OMC, entrando en vigencia el 1° de enero de 1995. Expresa el Artículo Único de la Ley Aprobatoria: *Se aprueba en todas sus partes y para que surta efectos internacionales en cuanto a Venezuela se refiere, el ACUERDO DE MARRAKECH POR EL QUE SE ESTABLECE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO.*

En dicho sentido, establece el Acuerdo de Marrakech, constitutivo de la OMC en su artículo II, numeral 2 que:

Los acuerdos y los instrumentos jurídicos conexos incluidos en los Anexos 1, 2 y 3 (denominados en adelante "Acuerdos Comerciales Multilaterales") forman parte integrante del presente Acuerdo y son vinculantes para todos sus Miembros.

El ADPIC está recogido en el Anexo 1C del mencionado Acuerdo de Marrakech, del cual Venezuela es parte desde el 1 de enero de 1995, por lo que su carácter vinculante para Venezuela como miembro activo de la OMC no acepta dudas. No establecía la Constitución de Venezuela de 1961 como tampoco la de 1999, ambas inscritas en el sistema dualista, la necesidad de una ley reglamentaria complementaria, ni de otra formalidad adicional para la implementación de las disposiciones de los tratados

internacionales incorporados al derecho interno. Por ende, la aplicación directa del Acuerdo sobre los ADPIC se fundamenta en el derecho interno a través de la ley aprobatoria del Acuerdo de Marrakech, quedando pendiente la discusión sobre la “suficiencia” de las cláusulas del tratado para su aplicación directa en el derecho interno, la cual abordaremos más adelante.

La Ley de Propiedad Industrial venezolana data de 1955 y recobró su vigencia al Venezuela salir de la Comunidad Andina en 2006, por cuanto la normativa andina goza de preeminencia (aplicación directa en los países miembros por disposición del artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina sin necesidad de su incorporación al derecho interno mediante ley). Pero con el acto de denuncia del Acuerdo de Cartagena, cesaron para el país los derechos y obligaciones derivados de su condición de Miembro de conformidad con el artículo 153 de dicho Acuerdo, perdiendo así su vigencia en Venezuela la Decisión 486 de la CAN, que contempla el Régimen Común de Propiedad Industrial para los países de ese esquema de integración y cuyas disposiciones son suficientes en su totalidad y les permite cumplir y aplicar los estándares mínimos previstos en el Acuerdo sobre los ADPIC para el otorgamiento y defensa de estos derechos.

Ahora bien, para el momento de la denuncia del Acuerdo de Cartagena (2006), estaba en plena vigencia el Acuerdo sobre los ADPIC y Venezuela ha debido aplicar sus disposiciones a partir de esa fecha, por ser el régimen fundamental en la materia (Capriles, 2020, p. 2), incorporado en forma legítima a su derecho interno. En su lugar, se decidió ignorar la existencia del Acuerdo y aplicar solo la Ley de Propiedad Industrial de 1955, cuyo contenido luce inaplicable y desfasado en la actualidad, si consideramos que los DPI, además de ser un tema del comercio internacional, son

asimismo utilizados como instrumentos de política pública para alentar la creatividad, en este caso industrial y comercial. Mientras Venezuela fue parte de la Comunidad Andina no aplicó en forma directa el Acuerdo sobre los ADPIC, por cuanto la normativa andina contenía previsiones autosuficientes que aseguraban el cumplimiento de sus disposiciones.

Afortunadamente, ha habido una rectificación en el rumbo y las autoridades del SAPI de Venezuela, están aplicando directamente el Acuerdo sobre los ADPIC, pero siempre en la medida en que sus normas lo permitan por sí mismas (que sean autosuficientes); y asimismo, sean más favorables que las normas de la Ley de Propiedad Industrial de 1955 en la materia de que se trate. Ambos instrumentos legales se complementan. Ejemplos de normas autosuficientes del Acuerdo se señalan más adelante.

4. SUFICIENCIA DE LAS NORMAS INTERNACIONALES COMO CONDICIÓN PARA SU APLICACIÓN DIRECTA

Kelsen señaló en su obra *Teoría General del Derecho y del Estado*, escrita en 1945, que *las normas del derecho internacional son en su mayoría normas incompletas; requieren ser complementadas con las normas del derecho nacional*. Sin embargo, continúa Kelsen, *existen importantes normas de derecho internacional que imponen obligaciones o confieren derechos directamente a los individuos. La norma que prohíbe la piratería es de este tipo... Todos los Estados marítimos están autorizados por el derecho internacional general a capturar en mar abierto a las personas culpables de actos de piratería para castigarlas...* Y comenta sobre ello que, *esta norma de derecho internacional se vincula con el hecho de la "piratería", que esta*

misma define como delito. Prohíbe la piratería obligando a las personas, no a los Estados, a abstenerse de cometer este delito (Kelsen, 1949, p.343-344).

Por supuesto que los acuerdos internacionales han evolucionado desde ese entonces abordando diversos temas, entre ellos el comercio entre países y entre particulares. Pero siempre podrán prever disposiciones que permiten una aplicación directa de las mismas en casos particulares, y ser incluso utilizadas como fundamento para la realización de actos jurídicos locales por parte de entidades gubernamentales y tribunales, supeditado todo ello a que normas locales (constitucionales o legales) no lo impidan en forma específica, aunque esto pueda ser interpretado como una forma de evadir su cumplimiento por parte del estado que lo prevea. Sin embargo, para su aplicación directa, las normas deben en todo caso ser suficientes en sí mismas en cuanto a redacción y alcance legal de su contenido. Podríamos entonces hablar de normas suficientemente claras y completas en el texto de los tratados para su aplicación por los órganos internos, e incluso los particulares, y aquellas que no lo son.

Independientemente del sistema adoptado (monista, dualista o sus variantes) para la incorporación de las normas derivadas de un tratado internacional, la insuficiencia en el sentido señalado de una disposición para su aplicación directa, obligará a una acción complementaria legislativa o administrativa por parte de los estados miembros de ese tratado, por cuanto deben cumplir con ellas en todo caso.

La pregunta a responder está en si la norma internacional es lo suficientemente "clara y precisa", como para permitir la aplicación directa interna sin más intervención de las autoridades nacionales para complementarlas. Por cuanto si no lo es, su aplicación

directa requerirá de un complemento normativo, pero esto será un problema de derecho interno y ya no de derecho internacional. Como señala al respecto el jurista belga Marc Bossuyt: *La cuestión se enmarca entonces en los términos de la ejecución de una norma internacional, lo que de ninguna manera afecta su fuerza vinculante o su capacidad normativa* (Bossuyt, 1981, p.318-319).

En ese sentido, el término “autoejecutable”, utilizado por algunos autores para referirse a la aplicación de normas internacionales, tiene un sentido diferente. Este vocablo significa que la aplicación de la norma es inmediata o directa sin necesidad de un acto jurídico posterior. Una disposición de un tratado internacional puede calificarse de autoejecutable sólo si es autosuficiente y está incorporada en la legislación nacional del Estado parte. El término “autoejecutable a menudo provoca confusión, ya que a veces se considera sinónimo de “autosuficiente” y, a veces, como relacionado con la incorporación directa del tratado en cuestión en la legislación nacional, sin tener en cuenta el requisito de autosuficiencia de la norma para poder ser aplicado.

Los tratados pueden tener disposiciones autosuficientes por su redacción y alcance de su contenido y otras que no lo son como dijimos antes. No obstante, como ya igualmente señalamos, los estados que son partes de ellos deben cumplir con todas.

Esta confusión de términos (autoejecutable y autosuficiente) explica en gran medida la controversia sobre la cuestión de si el carácter de auto ejecución de una disposición de un tratado, depende del derecho nacional o del derecho internacional. *Una norma de un tratado sólo puede calificarse correctamente de “autoejecutable” si se cumplen*

dos requisitos: a) el tratado debe estar incorporado a la legislación nacional; b) la disposición del tratado debe ser autosuficiente (Bossuyt, 1981, p.318).

El primer requisito (incorporación en la legislación nacional) lo determina generalmente la legislación constitucional del estado parte de que se trate, como vimos anteriormente. En cuanto al segundo requisito (el carácter autosuficiente de la disposición), esto dependerá en todo caso de la redacción de la norma específica (clara y precisa) que se desea aplicar en forma directa y de su alcance legal. Por supuesto, la voluntad de aplicación de la norma por parte de las autoridades correspondientes juega asimismo un papel importante en esta situación.

Todos los estados partes de un tratado internacional asumen exactamente la misma obligación: respetar las disposiciones del mismo y de buena fe. No obstante, esa obligación no se incumple por el mero hecho de considerar un estado que tal disposición del tratado no es suficiente para su aplicación en la legislación nacional, sino únicamente si no se respeta la disposición en sí. Debe eso sí, agenciar los medios para su cumplimiento.

En dicho sentido, la incapacidad de un estado para prevenir violaciones internas de disposiciones de un tratado del que es parte, porque este no está incorporado en su legislación nacional o por cuanto no es aplicable por ser insuficiente en su contenido, no es soporte para justificar incumplimientos de sus obligaciones internacionales asumidas legítimamente. Lógicamente, *para los estados donde los tratados están incorporados en su derecho interno de conformidad con su constitución y a su vez cuentan asimismo con disposiciones “autosuficientes” para su aplicación directa, será*

siempre más fácil prevenir incumplimientos de sus obligaciones internacionales
(Bossuyt, 1981, p.320) (Bossuyt, 1981, p.320).

En definitiva, la aplicación directa de disposiciones de tratados internacionales “autosuficientes” es prerrogativa de cada estado parte, independientemente de la forma de su incorporación al derecho interno. Sin embargo, en los países que siguen una posición dualista para ello, siempre resultará más sencillo en la práctica.

5. NORMAS AUTOSUFICIENTES DE LOS ADPIC

El Acuerdo sobre los ADPIC resultó una suerte de código internacional de propiedad intelectual para los países miembros de la OMC. Sus normas concretas permiten uniformar la materia, estableciendo estándares mínimos de las diferentes categorías de derecho y la defensa de estos que deben observar los países en sus legislaciones internas. Presenta igualmente un conjunto de excepciones y limitaciones para el ejercicio de los derechos conferidos, que obedecen al carácter de derecho de excepción de los DPI, ante el principio de que todos tenemos derechos de aprovechar las ventajas de los conocimientos generados por la humanidad.

Después de 26 años de vigencia es pertinente reconocer que el Acuerdo ha permitido unificar las legislaciones en muchos aspectos, por su característica de constituir una base o piso normativo para los países miembros; creando igualmente un escenario multilateral de negociaciones sobre el tema lo cual sin dudas permite más opciones que la relación bilateral, permitiendo incluso que por esta última vía algunos países hayan logrado acuerdos de libre comercio que van más allá del Acuerdo sobre los ADPIC (a los que se ha dado en llamar ADPIC plus). Con este acuerdo se superaron las carencias y debilidades de convenios internacionales previos como el Convenio

de París de 1883 para la Protección de la Propiedad Industrial y el Convenio de Berna de 1886 para la Protección de Obras Literarias y Artísticas.

5.1. Suficiencia en materia de patentes

Expresa textualmente este artículo **27** del Acuerdo sobre los ADPIC:

1. *Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 2 y 3, las patentes podrán obtenerse por todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 65, en el párrafo 8 del artículo 70 y en el párrafo 3 del presente artículo, las patentes se podrán obtener y los derechos de patente se podrán gozar sin discriminación por el lugar de la invención, el campo de la tecnología o el hecho de que los productos sean importados o producidos en el país.*

2. *Los Miembros podrán excluir de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial en su territorio deba impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moralidad, inclusive para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales, o para evitar daños graves al medio ambiente, siempre que esa exclusión no se haga meramente porque la explotación esté prohibida por su legislación.*

3. *Los Miembros podrán excluir asimismo de la patentabilidad:*
 - a) *los métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de personas o animales;*

b) las plantas y los animales excepto los microorganismos, y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos. Sin embargo, los Miembros otorgarán protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema eficaz sui generis o mediante una combinación de aquéllas y éste. Las disposiciones del presente apartado serán objeto de examen cuatro años después de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC.

Un ejemplo de ello, es el artículo 27 del Acuerdo, el cual contempla la posibilidad de patentar las invenciones en todos los campos de la tecnología, bien sean de producto o de procedimientos, previendo luego posibilidades de excluir algunas invenciones del derecho de patente. Esta norma luce “autosuficiente” para su ejecución, por lo que debe a nuestro juicio aplicarse con preminencia a las limitaciones que en relación con el espectro de la materia patentable establece la Ley de Propiedad Industrial de 1955, la cual excluye a las bebidas y artículos alimenticios, sean para el hombre o para los animales; los medicamentos de toda especie; las preparaciones farmacéuticas medicinales y las preparaciones, reacciones y combinaciones químicas y otras invenciones.

Venezuela como cualquier otro país miembro de la OMC, no puede argumentar normas de su derecho interno para incumplir disposiciones del derecho internacional a lo que se obligó legítimamente. Al ser llevado al derecho interno, el Acuerdo sobre los ADPIC debe aplicarse por las autoridades venezolanas para fundamentar y motivar el otorgamiento de patentes de invención en todas las áreas por cuanto la

norma así lo permite, cumpliendo asimismo el país con las obligaciones asumidas al hacerse parte de dicho Acuerdo.

5.2 Suficiencia en materia de indicaciones geográficas

Otra norma del Acuerdo sobre los ADPIC autosuficiente para su aplicación, es la contenida en su artículo 22 relativo a la protección de las indicaciones geográficas y el alcance de esta protección. Expresa este artículo:

Artículo 22. Protección de Indicaciones Geográficas

1. *A los efectos de lo dispuesto en el presente Acuerdo, indicaciones geográficas son las que identifiquen un producto como originario del territorio de un Miembro o de una región o localidad de ese territorio, cuando determinada calidad, reputación, u otra característica del producto sea imputable fundamentalmente a su origen geográfico.*

2. *En relación con las indicaciones geográficas, los Miembros arbitrarán los medios legales para que las partes interesadas puedan impedir:*
 - a) *la utilización de cualquier medio que, en la designación o presentación del producto, indique o sugiera que el producto de que se trate proviene de una región geográfica distinta del verdadero lugar de origen, de modo que induzca al público a error en cuanto al origen geográfico del producto;*
 - b) *cualquier otra utilización que constituya un acto de competencia desleal, en el sentido del artículo 10bis del Convenio de París (1967).*

3. *Todo Miembro, de oficio si su legislación lo permite, o a petición de una parte interesada, denegará o invalidará el registro de una marca de fábrica o de comercio que contenga o consista en una indicación geográfica respecto de productos no originarios del territorio indicado, si el uso de tal indicación en la marca de fábrica o de comercio para esos productos en ese Miembro es de naturaleza tal que induzca al público a error en cuanto al verdadero lugar de origen.*

4. *La protección prevista en los párrafos 1, 2 y 3 será aplicable contra toda indicación geográfica que, aunque literalmente verdadera en cuanto al territorio, región o localidad de origen de los productos, dé al público una idea falsa de que éstos se originan en otro territorio.*

Al respecto y a la luz de las disposiciones autosuficientes del artículo transcrito, el SAPI de Venezuela está recibiendo, analizando y otorgando solicitudes de protección de parte de productores venezolanos para que este organismo en nombre del Estado, declare la protección de indicaciones geográficas cuya calidad, reputación u otra característica es atribuible bien al territorio nacional, o a una región o localidad específica de este, aplicando igualmente en forma supletoria la Ley de Propiedad Industrial.

5.3 Suficiencia en cuanto a procedimientos civiles y administrativos

En cuanto a la observancia o defensa de los DPI, igualmente el Acuerdo sobre los ADPIC prevé disposiciones autosuficientes para su aplicación directa, como la relativa a los procedimientos civiles y administrativos contemplada en el artículo 42, el cual expresa:

Artículo 42. *Procedimientos justos y equitativos. Los Miembros pondrán al alcance de los titulares de derechos procedimientos judiciales civiles para lograr la observancia de todos los derechos de propiedad intelectual a que se refiere el presente Acuerdo. Los demandados tendrán derecho a recibir aviso por escrito en tiempo oportuno y con detalles suficientes, con inclusión del fundamento de la reclamación. Se autorizará a las partes a estar representadas por un abogado independiente y los procedimientos no impondrán exigencias excesivamente gravosas en cuanto a las comparecencias personales obligatorias. Todas las partes en estos procedimientos estarán debidamente facultadas para sustanciar sus alegaciones y presentar todas las pruebas pertinentes. El procedimiento deberá prever medios para identificar y proteger la información confidencial, salvo que ello sea contrario a prescripciones constitucionales existentes.*

Es esta una potestad jurisdiccional dada en forma específica a los jueces civiles por el Acuerdo sobre los ADPIC. En el caso de Brasil por ejemplo, *la mayor parte de las sentencias ha seguido la orientación de los Tribunales Superiores brasileños que confieren efecto directo a los acuerdos internacionales formalmente incorporados al ordenamiento jurídico nacional y aplicando la misma regla para el caso del Acuerdo ADPIC (Ribeiro Barbosa, 2008, p. 31).*

6. LA APLICACIÓN DIRECTA DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC EN OTROS PAISES

En la misma materia de observancia y defensa de los DPI, cuando las disposiciones legales locales para la defensa de los DPI no sean suficientes, nada impide que las partes puedan invocarlo para sustentar su pretensión en Venezuela. En este sentido, los jueces estarían aplicando en todo caso la legislación nacional por cuanto el

Acuerdo sobre los ADPIC fue incorporado al derecho interno siguiendo las disposiciones que al respecto establecía la Constitución vigente en ese momento.

Con ese mismo criterio, algunos autores de otros países han denominado a las disposiciones de observancia del Acuerdo, como de efecto “cuasi directo” (Barceló III, 2006, p. 25). Expresa este último autor para referirse a la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC en su país, los Estados Unidos de América, que *por supuesto, esto no es un efecto directo tradicional, ya que los tribunales nacionales harían cumplir las leyes nacionales, no el acuerdo ADPIC en sí. No obstante, los denunciantes privados se basarían en la maquinaria jurídica nacional para hacer cumplir los derechos de propiedad intelectual exigidos por un acuerdo internacional.*

Al respecto, el Congreso de los Estados Unidos dictó la Uruguay Round Agreements Act (URAA) en diciembre de 1994, enmendando la ley estadounidense para implementar las nuevas obligaciones asumidas en la OMC y dar asimismo autoridad al gobierno para hacerse parte de la OMC y sus acuerdos anexos. A través de esta ley se hicieron modificaciones importantes en materia de Derecho de Autor. No obstante, la sección 102 de esta ley impide que las disposiciones del Acuerdo de Marrakech y sus anexos sean invocadas por los particulares en acciones contra el gobierno federal de los Estados Unidos o sus agencias.

A continuación, recogemos algunas decisiones judiciales sobre aplicación directa del Acuerdo sobre los ADPIC, referidas por el jurista mexicano Roberto Arochi Escalante. En el caso de México, la Suprema Corte de Justicia en una decisión de la Sala Segunda, expresó en el amparo en revisión 237/2002 (ministro ponente: Juan Díaz

Romero) que los tratados internacionales en materia de propiedad intelectual vinculados a este proceso son autoaplicativos:

Queda demostrado que los tres preceptos relacionados con los tratados internacionales relacionados a este juicio (el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, el Acuerdo sobre los ADPIC y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte) forman parte integrante del contexto jurídico aplicable en derecho interno en materia de propiedad industrial, y por tanto representan derecho vigente que debe ser aplicado por las autoridades al fundar y motivar sus actos, incluso también se han precisado los alcances de estos preceptos como normas especiales y complementarias de la Ley de la Propiedad Industrial, conclusión que se arriba partiendo del espíritu del artículo 133 constitucional (foja 364).

En México igualmente y en el mismo sentido, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa ha emitido la siguiente tesis, que confirma la aplicación autoaplicativa de los tratados internacionales en materia de propiedad intelectual:

ACUERDO SOBRE LOS ASPECTOS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL RELACIONADOS CON EL COMERCIO. LAS SECCIONES DE LA SALA SUPERIOR SON COMPETENTES PARA CONOCER SOBRE SU APLICACIÓN.- Las Secciones de la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, por disposición del artículo 20 fracción I inciso b), de su Ley Orgánica, son competentes para conocer de los asuntos en los que la resolución impugnada se encuentre fundada en un tratado o acuerdo en materia comercial, suscrito por México, y cuando el demandante haga valer como concepto de impugnación que no se hubiere aplicado en su favor algún tratado de tal naturaleza o acuerdos relacionados. De ahí que cuando en el juicio contencioso administrativo

se sostengan cuestiones relativas a la aplicación del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, se actualiza plenamente la competencia de las Secciones de la Sala Superior para resolver el juicio, toda vez que dicho ordenamiento constituye un acuerdo multilateral en materia comercial, en el que se establecen principios básicos, normas y estándares mínimos para la protección de la propiedad intelectual.

Juicio Contencioso Administrativo Núm. 35739/04-17-05-6/655/05-S2-10-03.- Resuelto por la Segunda Sección de la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en sesión de 27 de febrero de 2007, por unanimidad de 4 votos a favor. Magistrado Ponente: Guillermo Domínguez Belloc.- Secretaria: Lic. Gabriela Badillo Barradas.

(Tesis aprobada en sesión de 3 de mayo de 2007)

R.T.F.J.F.A. Quinta Época. Año VII. No. 77. Mayo 2007. p. 237

En Argentina, sigue señalando el mencionado autor que, para la aplicación de medidas cautelares en materia de infracción a derechos de propiedad intelectual se aplica directamente el artículo 50 del Acuerdo sobre los ADPIC, como lo ejemplifican las siguientes sentencias de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal:

C. 6511/2008 -I- “The Topps Company Inc. c/ Arcor SAIC s/ medidas cautelares”.

[C]abe precisar que esta Sala se ha pronunciado en el sentido de que el art. 50 del ADPIC (aprobado por la ley 24.425, publ. en el B.O. del 5/1/95) tiende a otorgar protección a los titulares de derechos de propiedad intelectual —en la que se incluye a las marcas de fábrica o comercio, según el art. 1, inc. 2—, reconociendo a las autoridades judiciales facultades para ordenar la adopción de medidas provisionales

rápidas y eficaces destinadas a evitar que se produzca la infracción de los derechos tutelados (inc. 1, ap. a), incluso sin haber oído a la otra parte, en particular cuando haya probabilidad de que cualquier retraso cause daño irreparable a su titular (inc. 2); (cfr. causas 1440/97 del 29/5/97, 2049/98 del 28/5/98, 4176/99 del 10/8/99 y 2945/01 del 10/5/01).

C. 11.465/08 “UNILEVER DE ARGENTINA S. A. Y OTRO s/ medidas cautelares”.

[C]orresponde recordar que el art. 50 de ADPIC faculta a conceder la medida allí prevista, aún sin ser oída la parte contra la cual se pretende impedir la explotación, siempre que el peticionario presente las pruebas de que razonablemente disponga, con el fin de establecer, con un grado superficial de certeza, la titularidad del derecho y probabilidad de que éste va a ser objeto inminente de infracción; lo que implica que quien pide la medida debe aportar los elementos necesarios para formar la convicción del juez en la dirección pretendida (v. inc. 3; esta Sala, causa 5004/03 del 21-8-03) (Arochi Escalante, 2012, p. 488, 489, 490).

Por último, referimos el caso de España donde en 1995 la Oficina Española de Patentes y Marcas, publicó en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial del 16 de febrero de 1996, la Instrucción 2/1995 que expresamente señala en su preámbulo:

El ADPIC contiene ciertas disposiciones no previstas o contrarias a la vigente legislación española reguladora de la propiedad industrial, siendo previsible que no pueda promulgarse la deseable reforma legislativa de adecuación al ADPIC de nuestra legislación antes del 1-1-1996, en que debe aplicarse este tratado. Es por ello necesario dictar la presente Instrucción para aplicar las disposiciones del ADPIC directamente, aplicables en España a partir de esa fecha y que tienen eficacia directa

vertical para esta Oficina Española de Patentes y Marcas, dejando al margen todas aquéllas, cuya aplicación no es competencia de esta Oficina.

A partir de esa declaración continúa el instructivo señalando que:

El art. 3 adapta el art. 83 de la vigente Ley de Patentes al art. 27.1 del ADPIC. El art. 83 exige al titular de la patente la explotación de la invención patentada mediante su ejecución en el territorio nacional. En cambio, el citado art. 27.1 establece que los derechos de patente se podrán gozar sin discriminación por el hecho de que los productos sean importados o nacionales, prohibiendo la discriminación como consecuencia derivada del principio de trato nacional de los productos importados de los Miembros de la OMC. A la misma ratio obedece el art. 6 de la Instrucción: si el licenciataro obligatorio tiene derecho por ley a explotar la invención mediante su ejecución en España, ha de tener igual derecho a explotarla mediante las citadas importaciones que no pueden recibir peor trato.

Posteriormente en ese mismo país, en fecha 17 de enero de 2008, el Juzgado de lo Mercantil N° 3 de Barcelona, Juicio Ordinario 601/2005, Sentencia 8/08, dictada por apelación incoada por las empresas Laboratorios CINFA S.A, Laboratorios ALTER S.A, y KERN Pharma para obtener una declaración judicial, por un lado, de que la explotación de olanzapina obtenida según el procedimiento DRL no constituye una violación de las reivindicaciones 1 a 4 de la patente EP 454.436-ES 2078440 (concedida por la OEPM con fecha 3 de agosto de 1995) de la empresa LILLY, y por otro, la declaración de nulidad de su reivindicación 5ª por tratarse de una patente de producto anterior al 7 de octubre de 1992 ...

La sentencia de la primera instancia apelada desestimó por completo la demanda inicial, considerando por una parte que la explotación de olanzapina por las actoras sí que infringiría la patente de autos por equivalencia, y entendiendo por otra parte que

el Acuerdo ADPIC, *tiene efecto directo en España y ha dejado sin efecto la reserva española al CPE, por lo que la patente de producto que se contiene en la 5ª reivindicación es válida y eficaz.*

Al respecto y para decidir la apelación, la sentencia expone argumentos para desestimar la pretensión, como este: *es claro que los artículos 27.1 y 70.2 del ADPIC son autoejecutivos. Carece de sentido efectuar un juicio global sobre si todo pues como en todos los tratados, existen en el ADPIC normas autoejecutivas junto a otras que no lo son. Pero lo que no parece dudoso es que los artículos citados, al establecer que las patentes podrán obtenerse por todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial; que las patentes se podrán obtener y los derechos de patente se podrán gozar sin discriminación por el lugar de la invención, el campo de la tecnología o el hecho de que los productos sean importados o producidos en el país; o que se generan obligaciones relativas a toda la materia existente en la fecha de aplicación del presente Acuerdo para el Miembro de que se trate y que esté protegida en ese Miembro en dicha fecha, o que cumpla entonces o posteriormente los criterios de protección establecidos en el Acuerdo, establecen mandatos claros, precisos e incondicionales, reconocen derechos concretos que no necesitan ningún desarrollo normativo posterior y pueden ser objeto de aplicación directa.*

Las decisiones administrativas y judiciales vistas en esta última sección permiten señalar que, independientemente del sistema monista o dualista que sigan los diferentes países miembros de la OMC para incorporar las normas internacionales provenientes del Acuerdo sobre los ADPIC, la auto suficiencia de las disposiciones de

este en cuanto a su redacción (claridad y precisión) y alcance legal, son indispensables para su aplicación directa por entidades gubernamentales y tribunales.

7. LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL COMO DERECHOS HUMANOS: UN TEMA DE JERARQUIA

No obstante, los desarrollos de las últimas décadas, tanto en la teoría como en la práctica, a nivel internacional y nacional, han mostrado *que existen áreas del derecho internacional que rompen con la estricta separación conceptual entre lo que entendemos como materia exclusivamente internacional y materia exclusivamente nacional* (González Domínguez, p. 726). El ejemplo que más ilustra esto último es el derecho internacional de los derechos humanos, el cual prevé los deberes y obligaciones que deben cumplir los estados derivados de la dignidad humana y que algunos países lo asimilan expresamente como parte de las constituciones, así no estén incluidas en su texto, en lo que se ha dado en denominar *bloque constitucional, previsto en algunas constituciones de América Latina como Argentina, Bolivia y Venezuela* (Góngora Mera, 2014, p. 305).

En dicho sentido señala el jurista venezolano Pedro Nikken: *Si los derechos humanos merecen protección más por ser atributos inherentes a la persona humana que por figurar expresamente en el enunciado constitucional, no cabe negar la tutela que la Constitución y la ley extienden a los derechos constitucionales a aquellos que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en la Constitución* (Nikken, 2013, p. 51-52).

Pero ello, debe por supuesto preverse en la misma carta fundamental mediante las denominadas *cláusulas abiertas*. Señala al respecto el jurista venezolano Allan Brewer

Carías que estas cláusulas, con origen en la Enmienda IX de los Estados Unidos de América (1791), que confirmó que la lista de los derechos constitucionales no termina en aquellos expresamente declarados en los textos constitucionales, ha permitido considerar como derechos humanos todos los otros inherentes a la persona humana... y ha permitido la aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno (Brewer Carías, 2007, p. 216).

En cuanto a la consideración de los DPI como Derechos Humanos, la relación entre ambos se mantuvo por muchos años sin tropiezos. No se ponía en dudas que los primeros eran derechos humanos, bajo el argumento de que nada es más cercano al ser humano que sus creaciones, lo que hoy incluso está en duda, con los desarrollos de la tecnología en áreas como la inteligencia artificial.

Esta ponderación de los DPI como derechos humanos no es en caso alguno caprichosa. Deriva de los grandes acuerdos en materia de derechos humanos como la Declaración Universal de Derechos Humanos, suscrita por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París (Francia), la cual expresa en el párrafo 2 del artículo 27 que:

Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

Esta consideración es ratificada por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, específicamente el artículo 15, que expresa:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:
a) Participar en la vida cultural;

b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;

Asimismo, acuerdos regionales en la materia recogen tal ponderación como es el caso de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre suscrita en Bogotá (Colombia), aprobada el 30 de abril de 1948, por una Resolución de la Novena Conferencia Internacional Americana, la cual expresa en su artículo 13 que:

Artículo XIII: Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos.

Tiene asimismo derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor.

Sin embargo, esta relación entre los dos derechos (de propiedad intelectual y humanos) solo se hizo evidente en la década de 1990 con la introducción de la propiedad intelectual como tema del comercio internacional en la denominada Ronda Uruguay del GATT y su adopción como tal por el Acuerdo de Marrakech que creó la Organización Mundial del Comercio (OMC), suscrito en 1994 y cuyo Anexo 1-C constituye el Acuerdo sobre los ADPIC. Esto se debe principalmente al hecho de que el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual ha impuesto limitaciones al acceso a las ventajas de otros derechos humanos, como la salud y concretamente al acceso a la atención hospitalaria y los medicamentos, bases de la salud pública.

La ponderación como derechos humanos de los DPI se orienta en todo caso en dos sentidos. Las personas en general tienen derecho a acceder y disfrutar de los

conocimientos generados por todos, pero deben hacerlo respetando los intereses morales y materiales correspondientes a sus creadores. Los tratados internacionales y las leyes internas de los países así deben preverlo, procurando un equilibrio entre ambas premisas, ya que no son incompatibles. El “beneficio moral o económico” percibido por los autores, inventores, etc. no debe verse como barrera para el acceso al conocimiento generado, sino como aliciente para que estos y otras personas desarrollen una labor creativa que incremente el acervo cultural, científico y tecnológico de la humanidad (Astudillo Gómez, 2019, p. 92-93).

Los diferentes foros internacionales se han ocupado del análisis de la relación derechos humanos-DPI, concretamente sobre el Acuerdo sobre los ADPIC. En este sentido, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, en su Resolución 2000/7, pidió a la Alta Comisionada para los Derechos Humanos que llevase a cabo un análisis de las consecuencias que para los derechos humanos tiene el acuerdo de la Organización Mundial del Comercio (OMC), sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.

Este informe se produjo y refleja un análisis del Acuerdo sobre los ADPIC de cara al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, específicamente el artículo 15, de este último, que como vimos reconoce el derecho de toda persona a *gozar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones*.

En dicho sentido, el informe de la Alta Comisionada expresa en el inicio de sus conclusiones que: *Por un lado, el Acuerdo sobre los ADPIC alienta a los Estados a aplicar regímenes de propiedad intelectual que promuevan el desarrollo económico y social teniendo en cuenta la necesidad de equilibrar los derechos con las*

responsabilidades. El Acuerdo permite a los miembros adoptar medidas para proteger el interés público, incluida la promoción de la salud pública. En virtud del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados deben equilibrar los intereses públicos y privados en sus sistemas de protección de la propiedad intelectual.

En una de las conclusiones más resaltantes del informe acerca del acceso a los medicamentos, expresa: *Varias disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC ofrecen flexibilidad, lo que podría ser útil para promover el acceso a medicamentos esenciales asequibles. Lo que es más importante, el artículo 31 permite a los Estados conceder licencias obligatorias de patentes en la medida en que se cumplan ciertas condiciones. El artículo 31 ofrece un gran potencial para la protección del interés público en esferas como la de la promoción del derecho a la salud. De igual modo, el Acuerdo sobre los ADPIC no prohíbe a los miembros efectuar importaciones paralelas de productos farmacéuticos patentados. El artículo 6 del Acuerdo establece específicamente que "el agotamiento" de los derechos de propiedad intelectual no será objeto de las normas sobre solución de diferencias previstas en el Acuerdo. **La Alta Comisionada alienta a los Estados miembros a que apliquen estas disposiciones en su legislación nacional como salvaguardias para proteger el acceso a los medicamentos esenciales como un componente del derecho a la salud y de otros derechos humanos** (Naciones Unidas, 2001, p.14).*

Podemos calificar el informe de la Alta Comisionada de los Derechos Humanos como contemporizador. En su contenido no hay pronunciamiento alguno desvirtuando la condición de derechos humanos de los derechos de propiedad intelectual.

No obstante referirse el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sólo a *producciones literarias, artísticas o científicas*, la observación N° 17 alude a la propiedad intelectual en general, incluyendo al derecho de autor y a los de propiedad industrial, así como a los bienes que pueden ser objeto de estos. Al respecto, la única convención internacional que hace referencia expresa a bienes intangibles protegidos por la propiedad industrial es la Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que como vimos, menciona a los *inventos* dentro de los bienes inmateriales que deben ser objeto de protección, como una excepción al derecho de todos de acceder a los conocimientos generados por los seres humanos.

El mismo Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dictó su parecer en noviembre de 2005 acerca de la Observación General N° 17 sobre el apartado c, párrafo 1 del artículo 15 del Pacto. Expresó que *Los derechos humanos son fundamentales porque son inherentes a la persona humana como tal, mientras que los derechos de propiedad intelectual son ante todo medios que utilizan los Estados para estimular la inventiva y la creatividad, alentar la difusión de producciones creativas e innovadoras, así como el desarrollo de las identidades culturales, y preservar la integridad de las producciones científicas, literarias y artísticas para beneficio de la sociedad en su conjunto* (UN, 2006, p.2).

Muy claro el alcance de los DPI reflejado en el párrafo anterior. Primero, su utilización como *instrumento de política pública* para estímulo de la creatividad, fomento para la creación de industrias y la captación y protección de inversiones nacionales y extranjeras. Segundo, las creaciones en todas las áreas le impartirán *identidad* cultural a los diferentes grupos sociales, consolidando el sentido de pertenencia. Por último, la *preservación y facilidades de acceso* a las creaciones en todas las áreas como

bibliotecas, repositorios, bases de datos de tecnología patentada, etcétera, beneficiarán a la sociedad en general.

Es pertinente precisar en este punto como complemento a lo anterior, que el obtener un DPI no impide a terceros acceder al conocimiento generado y protegido por ese derecho. En otras palabras, no se secuestran los conocimientos protegidos por un derecho intelectual. Al contrario, al permitir obtenerlos se alienta la divulgación de los conocimientos, los cuales, al ser protegidos y divulgados, como es el caso de las patentes sobre las invenciones, entran en el estado de la técnica por lo que cualquier persona podrá acceder a ellos e incluso mejorarlos.

En este mismo orden de ideas, la consideración de los DPI como derechos humanos, en nada limita su condición de derechos de naturaleza privada, inscritos como es el caso particular de Venezuela en un régimen de propiedad de conformidad con el artículo 546 del Código Civil, pero aceptado como tales por todos los países en el preámbulo del Acuerdo sobre los ADPIC. Así como las personas tienen derecho a una vivienda y al disfrute y libre disposición de ella, asimismo pueden hacerlo con el producto de su esfuerzo intelectual.

En consecuencia y a pesar de opiniones doctrinarias que ponen en dudas la consideración como derechos humanos de los DPI (Helfer, 2003, p.50-51), así como las tensiones que ha levantado la solicitud de suspensión de algunos de estos derechos relacionados con medicamentos para tratar y prevenir la COVID 19, ante la Organización Mundial del Comercio por parte de la India y Suráfrica en octubre de 2020 (WTO, 2020, p. 2), su consideración como derechos fundamentales se mantiene

vigente, por cuanto no ha sido desconocido ni desvirtuado expresamente por las instancias internacionales pertinentes.

Al contrario, tal naturaleza fue ratificada por la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la OHCHR en la Resolución 2001/21 del 16 de agosto de 2001, al destacar *que, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el derecho a la protección de los intereses morales y materiales que corresponden a una persona por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que es autora es un derecho humano, sujeto a limitaciones en el interés público* (OHCHR, 2001, p.1).

Se procedió en esta misma Resolución en su conclusión número 5 a *instar a los gobiernos a que garanticen que la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC no repercuta negativamente en el disfrute de los derechos humanos previstos en los instrumentos internacionales de derechos humanos por los que están obligados* (OHCHR, 2001, p. 3).

8. APLICACIÓN DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC Y LA LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL DE 1955

La aceptación de los DPI como derechos humanos, permite entonces que las normas contenidas en los acuerdos internacionales sobre propiedad intelectual, sean ponderadas como *parte del bloque constitucional* en los países que así lo prevean en sus constituciones, como es el caso de Venezuela, lo cual es claramente respaldado por su Exposición de Motivos, al señalar al respecto:

Se reconocen como fuentes en la protección de los derechos humanos a la Constitución, a los tratados internacionales suscritos y ratificados por la República en esta materia, y a las leyes que los desarrollen. Al respecto, con el objeto de reforzar la protección de los referidos derechos se establece que los tratados, pactos y convenciones internacionales en esta materia, suscritos y ratificados por Venezuela, prevalecen en el orden interno en la medida en que contengan normas sobre el goce y ejercicio de los derechos humanos más favorables a las contenidas en la Constitución y en las leyes, siendo sus disposiciones de aplicación directa e inmediata por los tribunales de la República y demás órganos que ejercen el Poder Público. Por ello, en el caso de que un tratado internacional suscrito y ratificado por Venezuela reconozca y garantice un determinado derecho humano, en forma más amplia y favorable que la Constitución, prevalece en todo caso el instrumento internacional y debe ser aplicado en forma preferente, directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado.

Al igual que otros países de América Latina y como señalamos anteriormente, pertenece Venezuela entonces a los países de cláusulas abiertas, conforme a las cuales expresamente se dispone que la declaración o enunciación de los derechos contenida en la Constitución, no debe ser entendida como la negación de otros no enumerados en el texto constitucional, que son inherentes a la persona o a la dignidad humana. En el caso de este país, esto se refleja en el artículo 23 de la Constitución de 1999 transcrito en la sección anterior.

No obstante, es pertinente señalar sobre el artículo 23 de la Constitución, que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela desconoció la claridad literal de la norma, al afirmar en la sentencia 1.942 del 15 de julio de 2003, que *solo ella determina*

cuales normas de derechos humanos de esos tratados, pactos y convenios, prevalecen en el orden interno; al igual que cuales derechos humanos no contemplados en los citados instrumentos internacionales tiene vigencia en Venezuela.

Ahora bien, dado que el ordenamiento jurídico venezolano en materia de DPI está integrado principalmente por la Ley de Propiedad Industrial de 1955, vigente en la actualidad, y el Acuerdo sobre los ADPIC, plenamente incorporado al derecho interno, es inevitable cuestionarse cuál es la norma aplicable a un caso concreto y qué sucedería si existiere una colisión de normas. Es preciso considerar que ambos instrumentos normativos no se excluyen mutuamente, sino al contrario, al estar ambos vigentes, se complementan y toda decisión debe ser tomada a la luz de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico.

La respuesta, a nuestro criterio, se encuentra en el propio artículo 23 constitucional. El Acuerdo sobre los ADPIC, suscrito y ratificado por la República, contiene normas de derechos humanos que son inalienables y se han incorporado al bloque de la constitucionalidad. A su vez, la Ley de Propiedad Industrial de 1955 también contiene normas de dicha naturaleza que son parte del derecho interno. Por ende, la aplicación en el derecho interno de uno u otro instrumento no depende de la naturaleza normativa de cada uno, sino de la norma más favorable para el ejercicio de los DIP.

CONCLUSIONES:

- No hay disposición alguna en el derecho internacional que impida a los países involucrados en un tratado, decidir que sus normas pueden ser

aplicadas directamente por entidades gubernamentales y tribunales, sin que medien actos legislativos adicionales. Esto será siempre materia del derecho interno de cada país prevista en las constituciones y leyes.

- Bajo sistemas legales “monistas” los países no tienen que legislar para dicha aplicación directa. En los sistemas “dualistas” será necesaria en todo caso una ley aprobatoria y otras formalidades previstas constitucional o legalmente. Venezuela, dada su naturaleza dualista, exige que todo tratado debe aprobarse por la Asamblea Nacional antes de ser incorporado al ordenamiento jurídico interno.
- Por ser un anexo de un acuerdo internacional sobre comercio internacional (Acuerdo de Marrakech) que incluye otros temas del comercio, Venezuela incorporó el Acuerdo sobre los ADPIC a su derecho interno mediante ley aprobatoria.
- Independientemente del sistema (monista, dualista o sus variantes), las normas a ser aplicadas directamente por organismos y tribunales locales deben ser suficientes (autosuficientes) para ello. Algunas disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC podrían conceptualizarse como autosuficientes para su aplicación directa (se señalan ejemplos en el texto de este artículo).
- Los análisis de derecho comparado del presente artículo reflejan que altas instancias judiciales de países como Brasil, México, Argentina y España aplican en forma directa el Acuerdo sobre los ADPIC y otros tratados internacionales en la materia.
- Los DPI son previstos como derechos humanos por los acuerdos de orden mundial y regional sobre esta última materia. A su vez, al ser considerados derechos humanos, los tratados suscritos y ratificados por Venezuela se encuentran dentro del bloque de la Constitución. Esto dirime cualquier

controversia con respecto a la aplicación de los ADPIC o la Ley de Propiedad Industrial de 1955 a un caso concreto: siempre prevalecerá la norma más favorable para el ejercicio de los derechos fundamentales.

- No se prevén en la Constitución u otra ley venezolana disposiciones que impidan la aplicación directa por agencias gubernamentales y tribunales de normas derivadas, bien de acuerdos internacionales generales, o específicos en materia de derechos humanos, como son los DPI.
- La decisión del SAPI de Venezuela de aplicar en forma directa las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC, que su redacción y alcance legal suficiente lo permitan, resulta incontrovertible.

REFERENCIAS

- Arochi Escalante, R. *La distintividad adquirida en tratados internacionales y otras jurisdicciones*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derechoprivado/article/view/8994/11044>
- Astudillo Gómez, F. *La Protección legal de las Invenciones. Especial referencia a la Biotecnología*. Tercera edición digital, Universidad Tecnológica del Centro (UNITEC), Venezuela, 2019.
- Bossuyt, M. *The Direct Applicability of International Instruments on Human Rights* (with special reference to Belgian and U.S. law) (University of Antwerp U.I.A.), Société belge de droit international. Réunion d'étude Bruylant, 1981 - Belgium.

<http://rbdi.bruylant.be/public/modele/rbdi/content/files/RBDI%201980/RBDI%201980-2/Etudes/RBDI%201980.2%20-%20pp.%20317%20%C3%A0%20344%20-%20Marc%20Bossuyt.pdf>

- Brewer Carías, R. *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno de los países de América Latina*. Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), Vol. 46, 2007.
<https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2009/04/570.-585.-Aplicaci%C3%B3n-en-el-orden-interno-tratados-DDHH.-Revista-IIDH-46..pdf>
- Cabrera Medaglia, J. *Direct Treaty Implementation in National Legal Systems: Implications for operationalization of the MLS of the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*. Centre for International Sustainable Development Law (CISDL), Canada, 2018.
<https://absch.cbd.int/api/v2013/documents/D3D3C319-07B2-00D8-6435-9F04EB158FBF/attachments/ITPGRFA%20Direct%20Implementation%20JACM%20-%2001%20Aug%202018.pdf>
- Capriles Baena, G. *La Aplicación del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC), en Venezuela*. LEGA N° 38, Caracas, 10 de diciembre de 2020, p. 2.
<https://lega.law/wp-content/uploads/2021/01/Lega-In-DepthN38-esp.pdf>
- Danilenko, G. *IMPLEMENTATION OF INTERNATIONAL LAW IN RUSSIA AND OTHER CIS STATES*. Institute of State and Law, Russian Academy of Sciences Visiting Professor, Wayne State University School of Law, 1998.
<https://www.nato.int/acad/fellow/96-98/danilenk.pdf>
- Ferreira, G. – Ferreira-Snyman, A. *The incorporation of public international law into municipal law and regional law against the background of the dichotomy between monism and dualism*. Potchefstroom Electronic Law Journal. South

Africa, PER vol.17 n.4, 2014.

<http://www.scielo.org.za/pdf/pej/v17n4/09.pdf>

- Góngora Mera, M. La Difusión del Bloque de Constitucionalidad en la Jurisprudencia Latinoamericana y su Potencial en la Construcción del *Ius Constitutionale Commune Latinoamericano*. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31277.pdf>
- Gonzalez Dominguez, P. *Reshape of the Relationship Between International Human Rights Law and Domestic Law on the Basis of the Principle of Subsidiarity*. Anu. Mex. Der. Inter [online]. 2017, vol.17, pp.717-748. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1870-46542017000100717&lng=es&nrm=iso&tlng=en
- Helfer, L. *Human Rights and Intellectual Property: Conflict or Coexistence?* Minnesota Intellectual Property Review, Vol. 5, Issue 1, Article 2, 2003. <https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1399&context=mjlst>
- Kelsen, H. *GENERAL THEORY OF LAW AND STATE*. CAMBRIDGE, MASSACHUSETTS, HARVARD UNIVERSITY PRESS, 1949. <https://archive.org/details/in.ernet.dli.2015.275060/page/n377/mode/2up>
- Kelsen, H. *Teoría pura del Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México. 1982. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1039/1.pdf>
- Kirchmair, L. *WHO HAS THE FINAL SAY? THE RELATIONSHIP BETWEEN INTERNATIONAL, EU AND NATIONAL LAW*. European Journal of Legal Studies, Special Issue, 2018. <https://ejls.eu.eu/wp-content/uploads/sites/32/2018/11/3.-EJLS-Special-Issue-2018-Kirchmair.pdf>
- Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR). *DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Consecuencias para los*

derechos humanos del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio Informe de la Alta Comisionada, 16-08-2001 E/CN.4/SUB.4/SUB.2/RES/2001.

https://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=8220

- Oficina Española de Patentes y Marcas. *Instrucción 2/195 del 30 de diciembre de 1995, aplicativa al Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)*. Boletín Oficial de la Propiedad Industrial, de 16 de febrero de 1996.

http://www.oepm.es/cs/OEPMSite/contenidos/NORMATIVA/NormasComunes/NormasComunes_InternacionalesYNormasInternasDeRecepcion/Instruccion_2_1995_de30diciembre_ADPIC.htm

- Naciones Unidas. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos 52º período de sesiones. E/CN.4/Sub.2/2001/13, 27 de junio de 2001. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G01/143/48/PDF/G0114348.pdf?OpenElement>

- Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. OBSERVACIÓN GENERAL Nº 17 (2005). *Derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a) (apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto)*. E/C.12/GC/17, 12 de enero de 2006.

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8790.pdf>

- Nikken, P. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno*. Revista IIDH, V. 57, 2013.

<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32270.pdf>

- Ribeiro Barbosa, A. *Direct Effect' of International Agreements within the Brazilian Legal System: The Case of the TRIPs Agreement*. World Trade Institute. MILE 8 Thesis | Fall 2008.
https://www.wti.org/media/filer_public/da/83/da83bb7a-ed20-4c39-8fcb-bb2ba3ffa03b/andre_barbosa_thesis.pdf
- Rigaux, F. *Hans Kelsen on International Law*. European Journal of International Law, Volume 9, Issue 2, 1998, Pages 325–343.
<https://doi.org/10.1093/ejil/9.2.325>
- World Trade Organization (WTO). *WAIVER FROM CERTAIN PROVISIONS OF THE TRIPS AGREEMENT FOR THE PREVENTION, CONTAINMENT AND TREATMENT OF COVID-19. COMMUNICATION FROM INDIA AND SOUTH AFRICA*. IP/C/W/669, 2 October 2020.
<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/IP/C/W669.pdf&Open=True>

ABREVIATURAS

ADPIC Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.

CAN Comunidad Andina

CEE Comunidad Económica Europea

CPE Convenio de la Patente Europea

DPI Derechos de Propiedad Intelectual.

EPO European Patent Office

GATT General Agreement on Tariffs and Trade

OEP Oficina Europea de Patentes

OHCHR Office of the High Commissioner for Human Rights

OMC Organización Mundial del Comercio

OMPI Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

SAPI Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual (Venezuela)

UN United Nations.

WIPO World Intellectual Property Organization

WTO World Trade Organization